

A carta foi expedida em 3 de novembro e a citação somente se efetivou em 18 de janeiro do corrente ano, fls. 34v, sendo juntada aos autos em 6 de fevereiro.

Em decorrência de erro material, foi determinada a expedição de nova carta, o que se deu em 28 de março e que somente foi cumprida em 12 de junho de 1984. Incontestavelmente decaiu o Autor da Ação Rescisória.

É verdade que a Jurisprudência tem se manifestado no sentido de que a simples distribuição, em data anterior ao prazo estabelecido no artigo 495 da Lei Processual, afasta a decadência, contudo, não menos verdadeira é a orientação dos nossos Tribunais, inclusive do Excelso Pretório, declarando que a inércia do Autor em não promover o cumprimento das obrigações que lhe são pertinentes, inclusive não diligenciando na citação do Réu, importa no reconhecimento da decadência.

Sempre, mesmo antes do advento da atual Lei Processual Civil, se entendeu que somente afastaria a decadência o atraso da citação, quando esta não decorresse de culpa do Autor, que não deveria sofrer as consequências da omissão de terceiros.

Não é o caso dos autos, porque o Recorrente somente indicou o verdadeiro endereço do Réu, em 10 de outubro, *mais de 2 meses após o ajuizamento da ação e do término do prazo fixado na lei Processual*, acima indicado.

O Autor foi culposamente omissos no executar, dentro dos prazos fixados no artigo 219 e seus parágrafos do Digesto Processual Civil, os atos necessários ao aperfeiçoamento da citação.

O douto Procurador da Justiça, em seu parecer, fls. 51/53, corretamente opinou pela extinção do processo, o que deve ser integralmente acolhido.

Por diversas vezes o Autor se mostrou negligente, tanto que indicou, na inicial, incorreto endereço do Réu e somente ofertou retificação meses após: recebeu, para cumprir, a Carta de Ordem em 3 de novembro e a citação somente se efetivou em 18 de janeiro e, ainda, expedida nova Carta, em 6 de fevereiro, somente foi cumprida em 12 de junho de 1984, sem requerer, em qualquer tempo, a prorrogação, na forma do § 3.º do artigo 219, da Lei Processual.

Por tais fundamentos, julga-se extinto o processo, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, condenando o Autor ao pagamento das custas processuais, revertendo o depósito em favor do réu, sem honorários, visto que a ação correu a revelia.

Miguel Pachá, Relator.

QUINTA CÂMARA

AÇÃO RESCISÓRIA N.º 967

Relator: Juiz Anaudim Freitas

Ação Rescisória. Falta de citação do cônjuge réu nas ações possessórias.

Não há tal obrigatoriedade porque a ação possessória não é ação real imobiliária já que os direitos reais, em nosso ordenamento jurídico, se contêm em numerus clausus. Não estando a posse elencada entre os direitos reais, a lide que nela se embasa não pode ser obviamente qualificada real. Deste modo, a hipótese não se enquadra na moldura do inc. I do § único do art. 10 do CPC

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n.º 967 em que é Autora Marilda Soares da Silva e Réus Rubens Gomes Zanatta e Outros, Maria de Lourdes Felipe Zanatta, Antonio Paiva Filho, Angela Martha Lima Paiva.

Acordam os Juizes da Quinta Câmara Cível do 1.º Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar e, em unanimidade de votos, em julgar improcedente a ação, condenada a autora em custas e honorários de advogado na base de 20% sobre o valor da causa, além da perda em favor dos réus do depósito feito.

Os réus suscitaram *preliminar* de litispendência, com pedido de extinção do processo, sem julgamento de mérito (art. 267, V do CPC), porque a autora ajuizou embargos de terceiro, na comarca de Cabo Frio, onde aborda matéria idêntica à que é objeto da presente ação (f. 67), e que haveria possibilidade de decisões conflitantes. É evidente que a autora não pode, concomitantemente, discutir a mesma matéria em dois juízos diferentes ainda mais que se tratam de graus jurisdicionais diferentes. Acontece que não ocorre litispendência. Litispendência é a coexistência de mais de uma ação perfeitamente iguais, concomitantemente em curso, isto é, mais de uma ação em curso, tendo todas elas as mesmas partes, o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, ou segundo o § 3.º do art. 301 "quando se repete ação que está em curso". *In casu*, a possessória foi julgada (f. 6/12), constituindo coisa julgada enquanto os aludidos embargos de terceiro ainda não foram decididos. Rejeita-se por isso a prefacial, sendo certo ainda que a rescisória "não é perfeitamente igual" a embargos.

No que pertine ao *mérito*, em recente encontro de Tribunais de Alçada, ficou assentado que na ação possessória, não se tratando de ação real, dispensável é a vênua conjugal para propô-la.

Esse entendimento, de que as ações possessórias não têm natureza real, encontra amplo embasamento na doutrina (*Clóvis, Caio Mario e Pontes de Miranda*), na jurisprudência (*Cfr. f. 128/130*) e também na própria lei, já que o art. 674 do Código Civil especifica *numerus clausus*, quais os direitos reais (enfitese, servidão, usufruto, uso, habitação, vendas expressamente constituídas sobre imóveis, penhor, anticrese, hipoteca, além da propriedade) não se lhes podendo nenhum outro acrescentar, a não ser em virtude de lei que os tenha criado.

Como é sabido, quem delibera quanto à mudança da família é o marido, por tradição milenar e como decorrência da lei (incs. I e III, art. 233 do Cód. Civil), como "chefe da sociedade conjugal", competindo-lhe não só a representação legal da família quanto o direito de fixar o domicílio desta.

Assim, por via de consequência, inadmissível é o entendimento de que o esbulho tenha sido praticado por ambos os cônjuges, de maneira a se tornar necessária a citação dos dois.

Rio de Janeiro, 02 de maio de 1984.

Oswaldo Portella de Oliveira, Presidente

Anaudim Freitas, Relator

COMENTÁRIO

Ação possessória. Natureza jurídica, real ou pessoal. Art. 10, parág. único, do Cód. Proc. Civil. Jurisprudência e doutrina.

A norma inserta no art. 10, parág. único, do Código de Processo Civil vigente, com a redação da Lei n.º 5.925, de 01-10-73, dispõe que, nas ações reais imobiliárias, ambos os cônjuges devem ser citados.

Note-se, de início, que o Código adotou a denominação de ação real, em contraposição à ação pessoal, acolhendo a clássica divisão das ações, tendo em vista a natureza do direito material controvertido (v. arts. 95, 592, I, 593, I e 94, *caput*, 10, parág. único etc., CPC).

O dispositivo em análise (art. 10, parág. único, CPC) revela, claramente, o propósito de salvaguardar o legislador o patrimônio da família, potencialmente ameaçado quando litiga um dos cônjuges, sem ciência do outro, a respeito de direito real imobiliário.

A faculdade de transigir o litigante, para pôr termo à demanda (arts. 1.025, Cód. Civil e 269, III, Cód. Proc. Civil), nas ações reais imobiliárias, importa, em última análise, no poder de disposição do bem, objeto desta, por parte de um dos consortes, em detrimento daquele que não tenha sido chamado ao processo, daí o inegável acerto com que se houve o legislador ao determinar a citação de ambos os cônjuges nas ações reais imobiliárias.

O diploma processual anterior (Dec.-Lei n.º 1.608, de 18-09-1939), pela mesma razão, já trazia análoga restrição, exigindo a presença do casal *nas causas que versassem sobre bens imóveis, ou sobre direitos a eles relativos* (art. 81).

O problema maior, contudo, se situa em torno da exata e correta distinção entre ação real e pessoal, considerada a natureza do direito material que constitui o seu fundamento.

Remonta ao direito romano a distinção entre as *actiones in rem* e *in personam*: "*in personam actio est, qua agimus quotiens cum aliquo qui nobis... obligatus est, in rem actio est quae aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere...*" (Gaius, *Comm.*, IV, §§ 2 e 3. *apud* João Monteiro, *Teoria do Processo Civil*, 6.ª ed., Tomo I, pág. 94).

Segundo a lição de *Chiovenda*, "Entende-se por *direitos reais* aqueles direitos absolutos, que nos garantem, quer o gozo completo de uma coisa exterior (propriedade)... quer o gozo limitado de uma coisa exterior cuja propriedade cabe a outrem (direitos sobre coisa alheia). Costuma-se dizer que nos direitos reais domina uma relação entre uma pessoa e uma coisa".

"Os direitos pessoais, ao invés, derivam de uma relação corrente desde sua origem entre duas ou mais pessoas determinadas, das quais uma ou algumas são (por contrato, por fato lícito, por quase contrato, por testamento, por lei) obrigadas a uma prestação para com a outra ou outras" (*Chiovenda, Instituições de Proc. Civil*, vol. I, págs. 12 e 13).

Da distinção entre direito real ou pessoal deveria resultar clara a natureza da relação jurídica processual, conforme tivesse por fundamento uma ou outra das categorias de Direito.

O certo, porém, é que tal não ocorreu, sendo antiga a divergência, no processo Civil, entre o caráter real ou pessoal de certos direitos e, conseqüentemente, o caráter pessoal ou real das ações neles fundadas.

O clássico João Monteiro já apontava essa dissenção, quando analisou a natureza das ações possessórias, filiando-se, diga-se de passagem, à corrente que emprestava a todos os interditos possessórios a natureza de ações reais (*Teoria do Processo Civil*, 6.ª ed., Tomo I, pág. 94, 2.ª nota de rodapé).

Com relação a esse tipo de ação (possessória), grassou, na doutrina e na jurisprudência, intensa discussão a respeito da exata compreensão e alcance da expressão — *direitos relativos a imóveis* do Código de 39, fato que levou o legislador do Código de 73 a buscar o aperfeiçoamento do texto do diploma de 1939, no particular, tendo abandonado a expressão, um tanto genérica, "bens imóveis, ou sobre direitos a eles relativos", do art. 81, para deixar expressa a necessidade de citação de ambos os cônjuges nas ações reais imobiliárias (art. 10, parág. único, n.º I).

Contudo, não obstante o bom propósito que animou o legislador de 73, as dissenções não desapareceram no todo e muito se passou a questionar a respeito de quais ações teriam ou não caráter de reais imobiliárias, acirrando-se os desentendimentos, sobretudo quanto às medidas possessórias (v. inúmeros acórdãos, ora num ora noutro sentido, em *O Proc. Civil à Luz da Jurisprudência*, de Alexandre de Paula, vol. I, pág. 110).

Por alguns consideradas como de natureza real, por revestir-se de conteúdo de direito real imobiliário, por outros como envolvendo mero direito pessoal, a divergência levou o ilustre Desembargador Renato Maneschy, então juiz do 1.º Tribunal de Alçada deste Estado, a submeter a questão ao crivo do V Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil (Cíveis), realizado de 23 a 26-11-81, nesta Capital.

Demonstrou S. Exa., em brilhante proposição, que a ação possessória não se revestia de cunho real, senão pessoal, apoiado fortemente nas mais respeitáveis opiniões doutrinárias do país.

Sendo assim, propunha o reconhecimento, pelos seus pares, da desnecessidade da vênia conjugal e da citação do outro cônjuge, nas ações de natureza possessória, por não se tratar de ação real.

Essa proposição, que sofreu renhidas objeções, inclusive dos ilustres juristas Humberto Theodoro Junior e Sérgio Bermudes, para os quais o próprio CPC já definia como reais as possessórias, finalmente, veio a ser aprovada com a seguinte ementa: "*Ação possessória. A necessidade, ou não, da vênia conjugal e da citação do cônjuge. Não se tratando de ação real, dispensável é a vênia conjugal para propô-la. Necessidade de citação de ambos os cônjuges, quando o fato da posse disser respeito ou derivar de atos por ambos praticados*" (V. "Anais do V Encontro dos Tribunais de Alçada Cíveis do Brasil", Ed. Esplanada, 1.ª ed., 1982, 2.ª proposição, págs. 173 a 181).

Apesar de não nos parecer de todo explícita a conclusão acolhida, inegável é que deixou clara a condição de não real da ação possessória e, por via de consequência, a não incidência, na hipótese, da disposição do parág. único, do art. 10 do Cód. Proc. Civil, conquanto não comungue desse pensamento, também, o douto professor Moacyr Amaral Santos, para quem as ações reais imobiliárias se incluem entre as possessórias (*Primeiras Linhas*, vol. 1, pág. 156, 5ª ed.).

A ressalva final contida na ementa aprovada, *data venia*, pareceu-nos pouco feliz, posto quando o fato da posse disser respeito ou derivar de atos praticados por ambos os cônjuges, serão eles litisconsortes passivos necessários e a sua citação não derivará da norma do parág. único, do art. 10, CPC, mas da regra geral cogente, que obriga a citação de todos os réus para a formação da relação jurídica processual válida (art. 214, CPC).

Esse entendimento, de que as ações possessórias não têm natureza real, a nosso ver corretamente aprovado no Encontro, vem, cada vez mais, encontrando apoio, não só na doutrina como na jurisprudência, apesar de respeitáveis opiniões adversas.

A própria lei (art. 674, Cód. Civil) ao especificar, *numerus clausus*, os direitos reais (enfiteuse, servidão, usufruto, uso, habitação, rendas expressamente constituídas sobre imóveis, penhor, anticrese e a hipoteca), exclui o direito possessório da classe dos direitos reais.

E o art. 923 do Cód. Proc. Civil, em consonância com o art. 505 do Código Civil, quando estabelece ser defeso, na pendência do processo possessório, intentar ação de domínio, a nosso ver, enaltece a autonomia dos interditos possessórios, em relação às ações fundadas em um direito real de propriedade, destacando, assim, a natureza pessoal daquelas em contraposição à natureza real destas.

A propósito, doutrina o insigne Clóvis: "O número dos direitos reais é sempre limitado nas legislações. Não há direito real, se não quando a lei o declara" (*Cód. Civil Comentado*, vol. 3, pág. 237, ed. 1953).

Acrescenta a seguir: "Como acima ficou afirmado, os direitos reais são em número reduzido, constituem figuras de tipo fixo, é a lei que os determina" (*ob. cit.*, pág. 239).

Caio Mário, em suas *Instituições*, doutrina: "O aspecto igualmente preponderante, na caracterização dos direitos reais, é a sua limitação legal. Somente o legislador (no Código ou em lei extravagante) pode criá-los *numerus clausus*. A convenção ou a vontade dos interessados não têm este poder".

O douto Pontes de Miranda, afirma sem reboços, que "Os direitos reais são em *numerus clausus*: só os há, se a lei os admitiu, isto é, se os pôs no número deles, no rol. Se a lei não os previu, não pode o intérprete criá-los, nem cabe analogia" (grifamos).

A respeito da posse, assinala este notável jurista: "A posse recai sobre a coisa... mas a posse não tem a definibilidade dos direitos reais", "... não tem acesso ao registro imobiliário, não grava a coisa, nem o transmiti-la é dispor da coisa. Por isso mesmo, não se pode dizer que a posse seja direito real provisional sobre a coisa" (*Tratado de Direito Privado*) Tomo V, págs. 250 e 251, n.ºs 3 e 4, 2.ª ed. Borsoi).

Nesse mesmo sentido os seguintes julgados dos Tribunais de diversos Estados (TJ-DF, ap. cível 610, DJ 15-5-69, pág. 1987; TA-RJ, ap. cível 46.015, 1.ª CC., de 30-6-80, Rel.: Juiz Júlio da Rocha Almeida; Ac. 3.ª CC., TA-RJ, Agr. 21.293, de 20-8-81, Rel.: Juiz Sérgio Mariano; 1.º TA-RJ, ac. unân. da 2.ª CC., Reg. 29-9-82, Agr. 22.920, Rel.: Juiz Francisco Faria; 1.º TA-RJ, ac. unân. da 2.ª CC., de 27-7-78, ap. 9161, Rel. Juiz Moacir Marques Morado; Ac. unân. da 2.ª CC., 1.º TA-RJ, ap. cível 5.677, Rel. Juiz Moacir Marques Morado; Ac. unân. da 4.ª CC., TJ-SP, Agr. 231.566; Ac. 2.ª Câmara do TA-MG, de 12-10-77, ap. 10.605; Ac. unân. da Turma do TJ-MS, de 05-04-79, Agr. 47/79; Ac. 13.188, da 3.ª Câmara do TJ-PR, de 12-04-77, ap. 854/76; Ac. unân. da 2.ª Câmara — TJ-SC, de 18-4-75, ap. 10.414, Rel. Des. Tycho Brahe; Ap. n.º 217, 2.ª Câmara — TJ-Amazonas).

Em sessão do dia 02-05-84, no julgamento da ação rescisória n.º 967, a E. 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada RJ, por unanimidade, decidiu: "Ação Rescisória. Falta de citação do cônjuge réu nas ações possessórias. Não há tal obrigatoriedade porque a ação possessória não é ação real imobiliária já que os direitos reais, em nosso ordenamento jurídico, se contem em *numerus clausus*. Não estando a posse elencada entre os direitos reais, a lide que nela se embasa não pode ser obviamente qualificada de real. Deste modo a hipótese não se enquadra na moldura do inc. I, do § único, do art. 10, do CPC".

Mais recentemente, o mesmo Tribunal, pela sua E. 3.ª Câmara Cível, confirmou esse entendimento, por unanimidade, no julgamento da ap. cível n.º 11.565, sendo a seguinte a respectiva ementa: "Possessória — Reintegração — Citação da Mulher — Desnecessidade. Não sendo a possessória ação real, dispensável é a vênua conjugal para propô-la, bem como a citação da mulher do réu para contestá-la" (1.º TA-RJ — Ac. unân. da 3.ª CC. Reg. em 19-11-84, ap. 11.565 — Rel. Juiz Miguel Pachá).

No âmbito do Ministério Público, colhemos, nos autos da ação rescisória n.º 967, antes citada, opiniões contraditórias de dois renomados membros do *Parquet*.

O ilustre Procurador, hoje aposentado, Dr. Maurílio Bruno de Oliveira Firmo, em parecer de 16-06-83, opinara por que se rescindisse a sentença, prolatada em ação possessória, na qual havia sido omitida a citação do cônjuge-mulher.

No mesmo processo, contudo, veio a prevalecer pensamento contrário, da lavra do ilustre Procurador, Dr. Ivan Anátocles da Silva Ferreira, datado de 09-12-83, que deixou, de forma clara a expressão, registrada a sua opinião, acolhida pela Câmara, de que a ação possessória não se reveste de natureza real, por se achar a posse excluída dos direitos reais arrolados na lei, sendo despcienda a citação do cônjuge-mulher nesse tipo de ação.

Vê-se, portanto, que a divergência em torno da necessidade ou não de se citar o outro cônjuge, nas ações reais imobiliárias, se compreensível na vigência do art. 81, do Código de 39, que se referia, de forma genérica, às causas que versassem sobre bens móveis ou direitos a eles relativos, hoje não encontra igual guarida, mesmo porque o Código de 73 torna necessária aquela providência quando se tratar, apenas, de ações reais imobiliárias, ou sejam, aquelas fundadas em um direito real imobiliário, definido como tal por lei.

Acrescente-se que na ação possessória não se questiona o domínio, mas a prática de um ato ilícito por parte daquele que ameaça, turba ou esbulha a posse alheia. A agressão à posse, e não ao domínio, é que se defende através dos interditos possessórios, nos quais nem mesmo se admite a *exceptio proprietatis* (art. 505, C. Civil e 923, CPC).

Tanto que sujeito passivo ou ativo nas medidas de natureza possessória não será, necessariamente, o titular da propriedade, mas o da *posse*, que pode existir independente do domínio. O locatário e o comodatário, por exemplo, podem defender a sua posse quando ameaçada, turbada ou esbulhada, fundado em um direito próprio — o do mero possuidor, que não se confunde com o do titular do domínio e pode ser exercido até mesmo contra este.

Nem é de se confundir as ações de vindicação, ou imissão de posse, com os interditos possessórios, como o fez, equivocadamente, *data venia*, o Código de 39 (art. 381, I), ao incluí-las no seu Livro IV, Título XIII, que cuidava das ações possessórias.

Com efeito, não se funda a ação de vindicação de posse na ameaça, turbação ou esbulho, mas no domínio daquele que nunca teve a posse, daí, o seu carácter de ação real e não pessoal.

Excluída, acertadamente, do elenco das possessórias pelo Código atual, ao contrário do que ocorria no Código de 39 (art. 381, I), a imissão de posse sobreviveu, apenas, como medida processual de execução, para tornar efetiva a obrigação de entregar coisa certa (art. 625, CPC), nenhuma correlação guardando com a pretensão de vindicar a posse, que deve ser, como ação real, deduzida através de procedimento comum ordinário.

ANTONIO PAIVA FILHO
Promotor de Justiça